

OVERZICHT VAN RECHTSPRAAK VAN HET HOF VAN JUSTITIE OVER DE SOCIALE ZEKERHEID VAN MIGRERENDE PERSONEN (1 JANUARI 1999-1 JUNI 2001)

DOOR **YVES JORENS**

Docent Universiteit Gent en Antwerpen (UIA)
Hoofd onderzoekseenheid voor Europees en internationaal Socialezekerheidsrecht
Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Sozialrecht, München

Onze maatschappij wordt gekenmerkt door een groeiende internationalisering en in het bijzonder europeanisering. Ook het sociale leven volgt deze tendens. Een vrij verkeer van personen vormt hierbij een belangrijke pijler. Vrij verkeer van personen veronderstelt echter tevens dat er een regeling wordt gevonden voor de socialezekerheidsproblemen waarmee migrerende personen kunnen worden geconfronteerd. Zoals bekend wordt deze socialezekerheidssituatie van migrerende personen binnen de Europese Unie geregeld door de EG-Verordeningen nrs. 1408/71 en 574/72.

In deze bijdrage wordt een overzicht gegeven van de Rechtspraak van het Hof van Justitie met betrekking tot deze materie en dit voor de periode van 1 januari 1999 tot en met 1 juni 2001.

1. DE PERSONELE WERKINGSSFEER

1.1. WERKNEMERS

Wie is nu werknemer in de zin van de bepalingen van het vrij verkeer van werknemers? Dit begrip heeft een communautaire inhoud. Werknemer is iedere persoon die reële en daadwerkelijke arbeid verricht, met uitsluiting van werkzaamheden van zo geringe omvang, dat zij louter marginaal en bijkomstig blijken. Volgens deze rechtspraak is het kenmerk van de arbeidsverhouding dat iemand gedurende een bepaalde tijd voor een ander en onder diens gezag prestaties levert en als tegenprestatie een beloning ontvangt (1). Het feit dat die persoon gehuwd is met de directeur/enig aandeelhouder van de onderneming, kan op zich aan deze kwalificatie niet afdoen. Weliswaar is het zo dat de directeur van een vennootschap waarvan hij enig aandeelhouder is, zijn werkzaamheid niet uitoefent in het kader van een positie van ondergeschiktheid, zodat hij niet kan worden aangemerkt als werknemer in de zin van artikel 48 (nu 39) van het Verdrag, maar dit behoeft niet zonder meer voor

(1) H.v.J. 3 juli 1986, zaak 66/85 (Lawrie-Blum), *Jur.*, 1896, 2121; H.v.J. 12 mei 1998, zaak C-85/96 (Martinez Sala), *Jur.* 1998, 2691 en H.v.J. 8 juni 1999, zaak C-337/97 (Meeusen), *Jur.* 1999, 3289.

zijn echtgenoot te gelden. De uit het huwelijk voortvloeiende persoonlijke en vermogensrechtelijke betrekkingen tussen de echtgenoten sluiten immers niet uit, dat er in het kader van de organisatie van de onderneming sprake kan zijn van een situatie van ondergeschiktheid, die het kenmerk is van een arbeidsverhouding. Dit miskent de bewoordingen van verordening nr. 1612/68 niet. In de vierde overweging van de considerans daarvan wordt immers uitdrukkelijk gezegd, dat het recht op vrij verkeer zonder onderscheid moet worden toegekend aan permanente werknemers, seizoenarbeiders, grensarbeiders of werknemers die arbeid in dienstverlening verrichten, en artikel 7 verwijst zonder voorbehoud naar de werknemer die onderdaan is van een lidstaat. Bovendien heeft het in artikel 7 van verordening nr. 1612/68 geformuleerde beginsel van gelijke behandeling volgens vaste rechtspraak eveneens tot doel, discriminatie van bloedverwanten in de neergaande lijn, die ten laste van de werknemer komen, te verhinderen (2). Een nationale wettelijke regeling, zoals de Nederlandse wetgeving inzake studiefinanciering, dewelke aan de kinderen van nationale werknemers geen woonplaatsvereiste stelt voor hun studiefinanciering, doch wel aan de kinderen van werknemers-onderdanen van andere lidstaten, is dan ook discriminerend. Een dergelijk vereiste zou immers met name grensarbeiders benadelen die per definitie hun woonplaats in een andere lidstaat hebben, waar in de regel ook hun gezinsleden wonen. Het kind ten laste van een onderdaan van een lidstaat die in een andere lidstaat een werkzaamheid verricht, doch blijft wonen in de lidstaat waarvan hij onderdaan is, heeft dan ook onder dezelfde voorwaarden recht op studiefinanciering als de kinderen van onderdanen van de staat waar de werkzaamheden worden verricht, en in het bijzonder zonder dat nadere voorwaarden betreffende de woonplaats van de kinderen kunnen worden gesteld. Dit laatste geldt ook voor de kinderen van personen die werkzaamheden anders dan in loondienst uitoefenen en dit op basis van artikel 52 (nu 43) EG-Verdrag (3).

In principe verliest iemand zijn hoedanigheid van werknemer wanneer de arbeidsverhouding is geëindigd. Dit neemt echter niet weg, dat die hoedanigheid bepaalde effecten kan hebben na het eindigen van de arbeidsverhouding (4) en dat ook iemand die daadwerkelijk werk zoekt als werknemer moet worden aangemerkt (5). Dit is ook het geval indien iemand een aanvullend rustpensioen ontvangt waarvan de toekenning afhangt van een eerder bestaande, inmiddels beëindigde arbeidsverhouding. Het recht op pensioen is immers onlosmakelijk verbonden met de objectieve hoedanigheid van werknemer (6).

(2) H.v.J. 20 juni 1985, zaak 94/84 (Deak), *Jur.* 1985, 1873 en H.v.J. 8 juni 1999, zaak C-337/97 (Meeusen), *Jur.* 1999, 289.

(3) H. v.J. 8 juni 1999, zaak C-337/97 (Meeusen), *Jur.* 1999, 3289.

(4) H.v.J. 27 november 1997, zaak C-57/96 (Meints), *Jur.* 1997, 6689.

(5) H.v.J. 10 mei 2001, zaak C-389/99 (Rundgren), onuitg.

(6) H.v.J. 15 juni 2000, zaak C-302/98 (Sehrer), onuitg.

1.2. AMBTENAREN

Gedurende lange tijd waren de bijzondere stelsels van de ambtenaren uitgesloten uit het toepassingsgebied van de EG-Verordeningen. Pas bij EG-Verordening nr. 1606/98 werden deze inbegrepen in deze Verordeningen (7). In het arrest Vougioukas had het Hof nog beslist dat nationale voorschriften die discriminerend waren doordat zij ertoe leidden dat tijdvakken van verzekering niet in aanmerking werden genomen op de enkele grond dat die tijdvakken in een andere lidstaat dan de betrokken lidstaat waren vervuld, buiten toepassing konden worden gelaten zonder dat het voor de beslechting van het bij de nationale rechter aanhangig geschil noodzakelijk was een beroep te doen op coördinatiemaatregelen waarvan de vaststelling is voorbehouden aan de Raad. Hiervoor beriep het Hof zich rechtstreeks op de bepalingen van het vrij verkeer (8). Hiermee is echter niet gezegd dat men elk probleem waarmee ambtenaren konden worden geconfronteerd op deze wijze kon oplossen. Dit is bv. niet mogelijk voor een regeling die betrekking heeft op de berekening van een invaliditeitsuitkering ingevolge een bijzondere regeling voor ambtenaren en met hen gelijkgestelden van een lidstaat, die bovendien een wettelijke regeling van type A is, voor een arbeidsongeschiktheid die is ingetreden in een andere lidstaat waar in het algemeen voor werknemers een wettelijke regeling van type B geldt. Hiervoor moet noodzakelijkerwijs een beroep worden gedaan op coördinatietechnieken die de verhoudingen tussen de betrokken nationale wettelijke regelingen regelen. De keuze van deze technieken berust overeenkomstig artikel 51 (nu 42) van het Verdrag bij de Raad. Hieraan zij toegevoegd dat de Raad in verordening nr. 1606/98 regels heeft vastgesteld die verschillen van die welke voorheen op het gebied van de samentelling van tijdvakken van verzekering werden gehanteerd (9).

2. MATERIELE WERKINGSSFEER

De EG-Verordeningen nr. 1408/71 en 574/72 zijn van toepassing op de traditionele takken van de sociale zekerheid als daar zijn : ziekte en moederschap, invaliditeit, ouderdom, arbeidsongevallen en beroepsziekten, werkloosheid en overlijden (prestaties aan nagelaten betrekkingen en overlijdensuitkering) en gezinsbijslagen (10). Uitkeringen die dan ook een andere materie regelen, vallen niet onder de EG-Verordeningen. Tot welke tak een bepaalde materie behoort, dient vanuit een Europees-rechtelijke manier te worden benaderd. Dit is een belangrijke vraag daar op elk risico immers andere bepalingen van de Verordening van toepassing zijn. De Verordening is niet van toepassing op sociale en medische bijstand (11).

(7) EG-Verordening nr. 1606/98 van 29 juni 1998, PB.L. nr. 209 van 25/7/98, in werking getreden op 25 oktober 1998

(8) H.v.J. 22 november 1995, zaak C-443/93 (Vougioukas), *Jur.* 1995, 4033.

(9) H.v.J., 20 april 1999, zaak C-360/967 (Nijhuis), *Jur.* 1999, 1919

(10) Zie artikel 4 EG-Verordening nr. 1408/71

(11) Artikel 4, lid 4 EG-Verordening nr. 1408/71.

De afbakening tussen sociale zekerheid en sociale bijstand is echter een zeer moeilijke vraag die vaak aanleiding heeft gegeven tot verschillende zaken voor het Hof van Justitie. Het maken van een duidelijk onderscheid is immers niet mogelijk geweest. Het onderscheid tussen prestaties die wel onder de Verordening vallen en die daarvan zijn uitgesloten, berust op de constitutieve elementen van elke prestatie, met name het doel waarop ze zijn gericht en de voorwaarden waaronder ze worden toegekend, en niet op het feit of een prestatie door een nationale wetgeving al dan niet als een socialezekerheidsuitkering wordt aangemerkt (12).

De wijze van financiering van een uitkering is hierbij irrelevant voor de kwalificatie ervan als een socialezekerheidsuitkering (13). In dit opzicht verklaarde het Hof dat het juridisch mechanisme dat de lidstaat gebruikt om de uitkering te verlenen dan ook niet ter zake doet. Derhalve is het niet van belang dat de overheidsbijdrage de vorm krijgt van onderhoudsvorschotten die uit een openbaar fonds worden betaald in de plaats van de nalatige onderhoudsplichtige (14). Het Hof volgt hierbij een ruime interpretatie van het begrip sociale zekerheid.

2.1. DEFINITIES VAN RISICO'S

In een aantal arresten diende het Hof nader in te gaan op wat onder de verschillende risico's dient te worden verstaan.

Volgens artikel 1, sub u-i van verordening nr. 1408/71, dient onder gezinsbijslagen te worden verstaan, alle verstrekkingen of uitkeringen ter bestrijding van de gezinslasten. Dienaangaande heeft het Hof geoordeeld, dat de gezinsbijslagen ten doel hebben de werknemers met gezinslasten een sociale handreiking te bieden door de samenleving in die lasten te doen delen (15). Een ouderschapsuitkering die ertoe strekt één van de ouders in staat te stellen de opvoeding van een jong kind op zich te nemen en die, meer bepaald, dient ter vergoeding van het opvoeden van het kind, ter compensatie van de overige kosten van verzorging en opvoeding en eventueel ter leniging van de financiële nadelen die verbonden zijn aan het feit dat men afziet van het inkomen uit een voltijdse werkkring, heeft dan ook ten doel de gezinslasten te bestrijden in de zin van artikel 1, sub u-i van verordening nr. 1408/71 (16). De uitdrukking bestrijding van de gezinslasten in artikel 1, sub u-i van verordening 1408/71 is dan ook van toepassing op een overheidsbijdrage aan het gezinsbudget ter verlichting van de lasten die voortvloeien uit het onderhoud van kinderen (17). Dit voorschot verleent het gezinsbudget in financieel opzicht een onmiddellijk voordeel dat leidt tot een verhoging van de levensstandaard van het gezin.

Bij gebreke van een dergelijk voorschot dient de ouder aan wie de kinderen zijn toegewezen, met gebruikmaking van zijn persoonlijke inkomsten het nadeel goed te maken dat voortvloeit uit het niet betalen van de bijdrage door de nalatige andere

(12) Dit werd meermaals bevestigd door het Hof van Justitie, zie bv. H.v.J. 22 juni 1972, zaak 1/72 (Frilli), *Jur.* 1972, 457; H.v.J. 28 mei 1974, zaak 18/73 (Callemeyn), *Jur.*, 1974, 553. H.v.J. 13 november 1974, zaak 39/74 (Costa), *Jur.* 1974, 1251

(13) H.v.J. 16 juli 1992, zaak C-78/91 (Hughes), *Jur.* 1992, 4839; H.v.J., 15 maart 2001, zaak C-85/99, (Offermanns), onuitg

(14) H.v.J., 15 maart 2001, zaak C-85/99, (Offermanns), onuitg

(15) Zie H.v.J. 4 juli 1985, zaak 104/84 (Kromhout), *Jur.* 1985, 2205

(16) H.v.J. 10 oktober 1996, zaken 245/94 en 312/94, (Hoever en Zachow), *Jur.* 1996, 4895

(17) H.v.J. 15 maart 2001, zaak C-85/99 (Offermanns), onuitg.

ouder, alsmede de kosten van de procedure van gedwongen invordering jegens die ouder te voldoen, hetgeen bovendien een negatieve uitwerking op het gezinsleven kan hebben. Het in het hoofdgeding aan de orde zijnde onderhoudsvoorschot beoogt niet alleen de procedure tot tenuitvoerlegging van de onderhoudsverplichting te versnellen, maar strekt eveneens tot het verlichten van de financiële last die de ouder aan wie de kinderen zijn toegewezen, moet dragen. Artikel 4 van verordening nr. 1408/71 sluit niet uit dat een uitkering een dubbele functie kan hebben.

Een bijdrage krachtens de wettelijke regeling van een lidstaat in de kosten van de ziekteverzekering waarop de rechthebbende op een krachtens die wettelijke regeling verschuldigd ouderdomspensioen aanspraak kan maken, vormt hierbij een uitkering bij ouderdom. Het noodzakelijk verband tussen de in het hoofdgeding bedoelde bijdrage en het ouderdomspensioen, alsmede de desbetreffende doelstelling, vloeit rechtstreeks voort uit de Duitse wettelijke regeling. In het bijzonder geldt voor de aanspraak op de betrokken bijdrage als voorwaarde dat er een recht op pensioen bestaat, dat deze bijdrage door de pensioenverzekeringsorganen wordt verleend, dat het bedrag ervan wordt berekend op basis van de hoogte van de aan de ziekteverzekering betaalde premies, waarvan het bedrag zelf weer op basis van het ontvangen pensioen wordt vastgesteld, en dat zij de uitkeringen bij ouderdom dient aan te vullen om bij te dragen in de kosten van de ziekteverzekering ten einde de last van deze premies voor de rechthebbende op het pensioen te verlichten. De betrokken bijdrage kan dan ook niet als een prestatie bij ziekte in de zin van verordening nr. 1408/71 worden aangemerkt. Deze bijdrage wordt immers niet verleend bij ziekte, dat wil zeggen na het intreden van de verzekerde gebeurtenis, maar de betaling van deze bijdrage is een voorwaarde voor het bestaan van die prestatie. Een bijdrage die een deelneming in de ziekteverzekeringspremie vormt, kan dan ook geen prestatie van dezelfde verzekering zijn (18).

Derhalve moeten de artikelen 1, sub t en 10, lid 1, van verordening nr. 1408/71 aldus worden uitgelegd, dat een bijdrage krachtens de wettelijke regeling van een lidstaat in de kosten van de ziekteverzekering, als bedoeld in het hoofdgeding, een uitkering bij ouderdom in de zin van deze bepalingen is, waarop de rechthebbende op een krachtens die wettelijke regeling verschuldigd ouderdomspensioen aanspraak kan maken, ook indien hij in een andere lidstaat woont waar hij verplicht bij de ziekteverzekering is aangesloten (19).

In principe is tevens geboortegeld ingesloten in de materiële werkingssfeer van de Verordening. Nochtans kunnen de Lid-Staten op basis van artikel 1 lid u) en door middel van inschrijving in Bijlage II deze uitkeringen uitzonderen van het begrip gezinsbijslagen, zodat de Verordening hierop niet van toepassing is. België heeft dit bv. gedaan voor het geboortegeld, of het zgn. kraamgeld. Gezien de ruime beoordelingsbevoegdheid waarover de Raad bij de uitvoering van de artikelen 48 en 51 van het Verdrag (nu 39 en 42) beschikt, kan het feit dat een categorie van prestaties niet

(18) H.v.J. 6 juli 2000, zaak C-73/99 (Movrin), onuitg.; zie ook reeds H.v.J. 26 mei 1976, zaak C-103/75 (Aulich), *Jur.* 1976, 697.

(19) H.v.J. 6 juli 2000, zaak C-73/99 (Movrin), onuitg.

onder de bij verordening nr. 1408/71 doorgevoerde coördinatie valt zeker niet de ongeldigheid van de desbetreffende bepalingen van deze verordening meebrengen. Het feit dat de bijzondere uitkeringen bij geboorte of adoptie bij artikel 1, sub u-i van verordening nr. 1408/71 van de werkingssfeer van de verordening worden uitgesloten, betekent echter niet dat de lidstaten zijn ontslagen van de verplichting zich ervan te vergewissen dat geen enkel ander voorschrift van gemeenschapsrecht, in het bijzonder op grond van verordening nr. 1612/68, eraan in de weg staat dat een woonplaatsvereiste wordt gesteld (20).

Onder kinderbijslagen daarentegen verstaat men ingevolge artikel 1, sub u-ii, van verordening de periodieke uitkeringen welke uitsluitend op grond van het aantal gezinsleden en eventueel van hun leeftijd worden toegekend. Is dus geen kinderbijslag volgens deze regeling : de Luxemburgse opvoedingsuitkering welke tot doel heeft het inkomensverlies te compenseren dat wordt geleden wanneer een van de ouders thuisblijft om voornamelijk voor kinderen jonger dan twee jaar te zorgen en waarvan de hoogte van deze uitkering los staat van het aantal kinderen in een gezin. Ook de Nederlandse Wet op de studiefinanciering is geen kinderbijslag.

Het is deze definitie van kinderbijslag die moet worden gehanteerd voor de uitlegging van artikel 77 en volgens welk artikel een rechthebbende op pensioen jegens de lidstaat krachtens de wetgeving waarvan hem pensioen wordt toegekend, aanspraak kan maken op bijslagen voor kinderen ten laste. De werkingssfeer van deze bepaling is uitdrukkelijk beperkt tot kinderbijslag. Derhalve kan noch artikel 73, dat anders dan artikel 77 geen bijzondere regel is, noch enige andere bepaling van de verordening aldus worden uitgelegd, dat een rechthebbende op een pensioen die niet in de lidstaat woont die het pensioen moet uitkeren, jegens die lidstaat aanspraak heeft op andere uitkeringen voor ten laste komende kinderen dan de kinderbijslag (21).

2.2. DE BIJZONDERE, NIET OP PREMIE-OF BIJDRAGEBETALING BERUSTENDE PRESTATIES

Het is niet uitgesloten dat een bepaalde uitkering wegens de kring van personen waarop zij van toepassing is, haar doelstelling en de wijze van toepassing, gelijktijdig verwant is met elk van beide genoemde categorieën- als sociale bijstand en als aanvullende of vervangende socialezekerheidsuitkering- en zich derhalve niet in een algemene indeling laat vatten (22). Wel dient een regeling verband te houden met één der limitatief in artikel 4 opgesomde risico's. Omdat het daar om een exhaustieve lijst gaat, kan een daar niet opgesomde tak van sociale zekerheid niet als dusdanig worden gekwalificeerd, zelfs niet indien hij de rechthebbende een wettelijk omschreven positie toekent die recht geeft op een uitkering (23). Het onderscheid

(20) H.v.J. 31 mei 2001, zaak C-43/99 (Leclere), onuitg.

(21) H.v.J. 20 maart 2001, zaak C-33/99 (Hassan Fahmi), onuitg. ; H.v.J. 31 mei 2001, zaak C-43/99 (Leclere), onuitg.

(22) zie bv. H.v.J. 22 juni 1972, zaak 1/72 (Frilli), *Jur.* 1972, 457; H.v.J. 28 mei 1974, zaak 18/73 (Callemeyn), *Jur.*, 1974, 553. H.v.J. 13 november 1974, zaak 39/74 (Costa), *Jur.* 1974, 1251.

(23) Zie bv. H.v.J. 27 maart 1985, zaak 249/83 (Hoeckx), *Jur.* 1985, 973; H.v.J., 27 maart 1985, zaak 122/84 (Srivner), *Jur.* 1985.

tussen sociale zekerheid en sociale bijstand is dan ook niet steeds gemakkelijk te regelen. Juist met het oog op het regelen van deze eerder grijze zone tussen sociale zekerheid en sociale bijstand, werd het artikel 4 lid 2bis aan EG-Verordening nr. 1408/71 toegevoegd dat de verordening uitdrukkelijk van toepassing doet zijn op de bijzondere, niet op premie-of bijdragebetaling berustende prestaties die niet vallen onder sociale zekerheid of sociale bijstand, wanneer deze prestaties bedoeld zijn om bij wijze van vervangende, aanvullende of bijkomende prestaties de gebeurtenissen te dekken die onder de in het eerste lid van artikel 4 bedoelde takken van sociale zekerheid vallen, ofwel uitsluitend bedoeld zijn voor de specifieke bescherming van gehandicapten. Of een uitkering als zo een bijzondere, niet op premie-of bijdragebetaling berustende prestatie kan worden beschouwd, is daarenboven van het grootste belang daar deze uitkeringen niet hoeven te worden geëxporteerd en overeenkomstig artikel 10bis slechts kunnen worden ontvangen op het grondgebied van de lidstaat waar men woont. Hiervoor dienen deze uitkeringen te worden opgenomen in Bijlage II bis van de Verordening. Bij nader toezien van deze lijst merkt men op dat de Lid-Staten hier een zeer groot aantal uitkeringen hebben opgenomen die daarenboven zeer verschillend van aard zijn. Men kon zich dan ook de vraag stellen of het hier wel allemaal gaat om bijzondere, niet op premie-of bijdragebetaling berustende prestaties en niet eerder soms om een gewone socialezekerheidsuitkering die als dusdanig dan ook dient te worden uitgevoerd. Probleem is echter wel dat er geen gemeenschappelijke criteria voorhanden zijn op basis waarvan men zou kunnen nagaan of een uitkering een socialezekerheidsuitkering is of een bijzondere, niet op premie- of bijdragebetaling berustende prestatie. Het Hof had reeds verklaard dat deze nieuwe coördinatieregeling op basis waarvan de in Bijlage II bis genoemde uitkeringen niet dienen te worden geëxporteerd, niet in strijd is met artikel 51 (nu 42) EG-Verdrag en dus niet ongeldig is (24). Bij gebrek aan harmonisatie blijven de lidstaten immers bevoegd de voorwaarden voor de toekenning van de socialezekerheidsuitkeringen vast te stellen en zelfs de voorwaarden strenger te maken, mits zij niet leiden tot openlijke of verkapte discriminatie tussen werknemers uit de Gemeenschap.

Vermelding in deze lijst van niet-exporteerbare uitkeringen impliceert echter niet dat de betrokken uitkering als een bijzondere, niet op premie- of bijdragebetaling berustende prestatie kan worden aangemerkt. In de besproken periode heeft het Hof van Justitie hieromtrent twee uitermate belangrijke arresten geveld waarin het oordeelde dat een aantal uitkeringen die voorkwamen op deze lijst niet als bijzondere niet op premie- of bijdragebetaling berustende prestatie konden worden beschouwd. Het Hof stelt dus perken aan een al te grote vrijheid van de lidstaten om uitkeringen zodanig te kwalificeren dat ze niet meer dienen te worden geëxporteerd en men mag er dan ook van uitgaan dat in de toekomst verschillende nieuwe zaken hieromtrent voor het Hof zullen worden gebracht.

(24) H.v.J. 4 november 1997, zaak C-20/96 (Snares), *Jur.* 1997, 6057.

Zo verklaarde het Hof dat artikel 10 bis slechts kan slaan op de prestaties die aan de voorwaarden van artikel 4, lid 2 bis van verordening nr. 1408/71 voldoen, namelijk prestaties die zowel bijzonder zijn als niet op premie- of bijdragebetaling berusten, en die in bijlage II bis bij deze verordening zijn vermeld (25). Enkel uitkeringen die niet binnen het kader van de algemene wetgeving betreffende de in artikel 4, lid 1 van deze Verordening bedoelde regelingen vallen, kunnen als uitkeringen in de zin van deze bepaling worden beschouwd (26). In die zin is een Luxemburgse moederschapsuitkering die wordt betaald aan zwangere vrouwen en vrouwen die bevallen zijn, met als enige voorwaarde dat de betrokkene op het tijdstip van ontstaan van het recht haar wettelijke woonplaats in Luxemburg had, geen bijzondere prestatie. In dezelfde zin is de Oostenrijkse verzorgingsuitkering, ongeacht haar specifieke kenmerken, als prestatie bij ziekte te beschouwen (27). De toekenningsvoorwaarden van de verzorgingsuitkering en haar financieringswijze kunnen niet afdoen aan de kwalificatie ervan volgens hetwelk dit soort prestaties er in wezen op zijn gericht een aanvulling te vormen op de prestaties krachtens de ziekteverzekering, waaraan zij overigens qua organisatie gekoppeld zijn, teneinde de gezondheid en de levensomstandigheden van de zorgbehoevende te verbeteren. Het doet er dus niet toe dat de verzorgingsuitkering is bedoeld om, gelet op de zorgbehoevendheid van de persoon, een ander pensioen dan een prestatie bij ziekte aan te vullen. Deze uitkering is dan ook, ongeacht of ze al dan niet op premie- of bijdragebetaling berust, een prestatie bij ziekte in de zin van artikel 4, lid 1 sub a en ze valt dus niet onder artikel 4, lid 2 bis.

Veel opvallender is dat het Hof in de zaak Jauch -hoewel het had kunnen volstaan met de opmerking dat het geen bijzondere uitkering is- ook verder ingaat het element "niet op premie- of bijdragebetaling berustende prestatie". Met betrekking tot dit laatste argument moet worden gesteld dat geen enkel beginsel of geen enkele bepaling van gemeenschapsrecht de wetgever van een lidstaat verbiedt om voor verschillende sociale of socioprofessionele categorieën verschillende stelsels van sociale bescherming in te voeren. Dat voor de verzorgingsuitkering uitsluitend de sociaal verzekerden in aanmerking komen, volstaat op zichzelf niet om aan te tonen dat deze prestatie met hun bijdragen aan de ziekteverzekering wordt gefinancierd, ook al moet deze uitkering als een prestatie bij ziekte worden gekwalificeerd. Geen enkele regel van gemeenschapsrecht verzet zich er namelijk tegen dat een nationale wetgeving de dekking van het risico van zorgbehoevendheid afzonderlijk regelt en ze anders financiert dan de andere ziekte-uitkeringen. Wat daarentegen de verhoging van de bijdragen aan de ziekteverzekering betreft, erkent de Oostenrijkse regering zelf, dat daartoe werd besloten om de vermindering van de financiële bijdragen van de pensioenverzekering aan de instellingen voor de ziekteverzekering te compenseren. Door deze vermindering kon zij zelf haar federale bijdrage aan de pensioenverzekering verminderen en aldus de nodige fondsen vrijmaken voor de finan-

(25) H.v.J. 8 maart 2001, zaak C-215/99 (Jauch), onuitg.

(26) H.v.J. 31 mei 2001, zaak C-43/99 (Leclere), onuitg.

(27) Zie ook reeds H.v.J. 5 maart 1998, zaak C-160/96 (Molenaar), *Jur.* 1998, 843.

ciering van de nieuwe verzorgingsuitkering. Bijgevolg moet worden vastgesteld, dat de financiering van deze prestatie mogelijk werd, met behoud van dezelfde prestaties bij ziekte, ouderdom en ongeval, dankzij de verhoging van de bijdragen aan de ziekteverzekering. Het verband met de bijdragen aan de ziekteverzekering is weliswaar slechts indirect, doch blijkt hieruit, dat de middelen die de ziekteverzekering is kwijtgeraakt, afkomstig waren van de verzekeringsbijdragen. Daaruit volgt, dat de verzorgingsuitkering op premie- of bijdragebetaling berust (28). Op zijn minst kan worden gezegd dat het Hof er hier een zeer ruime opvatting op na houdt van wat prestaties zijn die op bijdrage berusten - ook een onrechtstreeks verband is voldoende - en het ziet er dan ook naar uit dat heel wat prestaties die op het eerste zicht niet op premie- of bijdrage berusten toch contributieve uitkeringen zijn.

Het belang van een uitkering om als een bijzondere, niet op premie-of bijdragebetaling berustende prestatie te worden beschouwd, berust hierin dus dat deze uitkeringen niet hoeven te worden geëxporteerd en overeenkomstig artikel 10 bis slechts kunnen worden ontvangen op het grondgebied van de lidstaat waar men woont. Dit begrip "lidstaat waar hij woont" doelt op de lidstaat waar de betrokkene zijn normale woonplaats heeft en waar zich ook het gewone centrum van zijn belangen bevindt. In deze context moet in het bijzonder worden gelet op de gezinssituatie van de werknemer, de redenen dat hij naar een ander land is gegaan, de duur en de bestendigheid van zijn verblijf, de vraag of hij eventueel een vaste werkkring heeft, alsmede de intentie van de betrokkene zoals die uit alle omstandigheden blijkt (29). In het kader van deze beoordeling kan de duur van het verblijf in de lidstaat waar de in geding zijnde uitkering wordt aangevraagd echter niet worden beschouwd als een onderdeel van de definitie van het begrip woonplaats in de zin van artikel 10 bis van verordening nr. 1408/71. In het bijzonder wanneer de werknemer, zoals in het hoofdgeding, na van zijn recht op vrij verkeer gebruik te hebben gemaakt en vervolgens naar zijn lidstaat van herkomst te zijn teruggekeerd, bij zijn aanvraag om inkomenssteun duidelijk heeft gegeven van zijn voornemen om in zijn lidstaat van herkomst te blijven, waar zijn naaste familie woont, waarbij hij zo nodig wel af en toe naar andere lidstaten wil reizen in het kader van toekomstige betrekkingen, kan niet worden aangenomen, dat hij niet aan de woonplaatsvereiste van artikel 10 bis voldoet op de enkele grond dat de duur van zijn verblijf in zijn lidstaat van herkomst niet toereikend is. Dit artikel staat er dan ook aan in de weg dat een lidstaat voor de toekenning van een uitkering als voorwaarde stelt dat eerst een aanzienlijke periode -8 weken- van verblijf verstreken is (30).

(28) H.v.J. 8 maart 2001, zaak C-215/99 (Jauch), onuitg.

(29) H.v.J. 17 februari 1977, zank 76/76 (Di Paolo), *Jur.* 1977, 315; H.v.J. 8 juli 1992, zaak C102/91 (Kroch), *Jur.* 1992, 4341 en H.v.J. 25 februari 1999, zaak C-90/97b (Swaddling), *Jur.* 1999, 1075.

(30) H.v.J. 25 februari 1999, zaak C-90/97b (Swaddling), *Jur.* 1999, 1075

3. OVER DE VERHOUDING TUSSEN FISCALITEIT EN SOCIALE ZEKERHEID

De dag van vandaag worden socialezekerheidsprestaties en uitkeringen vaak gedeeltelijk, soms zelfs helemaal, gefinancierd door fiscale bijdragen. Een bijkomend probleem is dat vaak niet duidelijk is of er sprake is van een sociale of fiscale bijdrage, met name als deze laatste tot doel hebben de sociale zekerheid te financieren. Dit geldt bijvoorbeeld voor de Belgische crisisbelasting. Ook in de omringende landen komt het verschijnsel echter voor, zoals bijvoorbeeld de Franse 'Contribution Sociale Généralisée' en 'Contribution au Remboursement de la Dette Sociale'. Deze vallen onder de Franse belastingheffing, maar financieren verschillende takken van sociale zekerheid. Het feit dat bepaalde fiscale heffingen volledig ten dienste worden gesteld om de stijgende kosten van de sociale zekerheid te dekken, doet de vraag rijzen of deze heffingen binnen de reikwijdte van de verordening kunnen worden ondergebracht. Alhoewel E.G.-Verordening 1408/71 in artikel 4, 2e lid enerzijds duidelijk maakt dat de wijze van financiering van een uitkering geen invloed heeft op het antwoord op de vraag of een uitkering onder het toepassingsgebied van deze verordening valt of niet, is het anderzijds ook zo dat deze verordening geen definitie bevat van het begrip 'bijdrage van de sociale zekerheid'. Het is vaststaande rechtspraak van het Hof van Justitie dat het onderscheid tussen prestaties die onder de verordening vallen en prestaties die van de werkingssfeer van de verordening zijn uitgesloten, berust op de constitutieve elementen van elke prestatie, met name het doel waarop ze zijn gericht en de voorwaarden waaronder ze worden toegekend (31). Heeft het bijvoorbeeld belang dat er tegenover deze heffing geen rechtstreekse tegenprestatie staat? Wordt het karakter van een bijdrage bepaald door zijn doelstelling? M.a.w. indien een bijdrage wordt geheven die wordt aangewend voor de sociale zekerheid, is dit dan onmiddellijk een sociale bijdrage en geen fiscale heffing meer? Het is in wezen dit standpunt dat de Europese Commissie volgde in de zaak *Commissie van de Europese Gemeenschappen tegen Franse Republiek* (32). In deze zaak ging het om de vraag of het toegelaten is dat Frankrijk de 'Contribution Sociale Généralisée (CSC)' en 'Contribution au Remboursement de la Dette Sociale (CRDS)' - het gaat hier om heffingen die worden aangewend voor de financiering van de sociale zekerheid - kan heffen op de inkomsten (zowel uit werkzaamheden als uit vervangende uitkeringen) van elkeen die in Frankrijk zijn fiscale woonplaats heeft, dus ook op migrerende werknemers (grensarbeiders) die werkzaamheden uitoefenen in een andere lidstaat en die dus op basis van E.G.-Verordening 1408/71 onderworpen zijn aan de socialezekerheidswetgeving van een andere staat. Het Hof heeft deze vraag niet echt beantwoord. Deze vraag kon immers onbeantwoord blijven, daar de lidstaten in ieder geval verplicht zijn in de uitoefening van hun bevoegdheden het Europees Gemeenschapsrecht, en in het bijzonder de Europese Verordeningen inzake sociale zekerheid, te eerbiedigen, onaf-

(31) Zie o.a.: H.v.J. 22 juni 1972, nr. C-1/72, Frilli, *Jur.* H.v.J. 1972, 1, 457, r.o. 13; H.v.J. 27 maart 1985, nr. C-294/83, Hoeckx, *Jur.* 1985, 1, 973, r.o. 11; H.v.J. 3 juni 1992, nr. C-45/90, Paletta, *Jur.* 1992, 1, 3423, r.o. 16; H.v.J. 5 maart 1998, nr. C-160/96, Molenaar, *Jur.* 1998, 1, 843, no. 19.

(32) H.v.J. 15 februari 2000, zaak C-34/98 (Commissie tegen Frankrijk), *Jur.* 2000, 995 en H.v.J. 15 februari 2000, zaak C-169/98, (Commissie tegen Frankrijk), *Jur.* 2000, 1049.

hankelijk van het feit of ze hun bevoegdheden nu uitoefenen in het domein van het fiscale recht of in het domein van het socialezekerheidsrecht. Het heffen van deze bijdragen op personen die onderworpen zijn aan de socialezekerheidswetgeving van een andere lidstaat, is derhalve in strijd met artikel 13 EG-Verordening 1408/71 evenals met de artikelen 39 en 43 E.G.-Verdrag (vroegere artikelen 48 en 52) (33). Dat de betaling van deze bijdrage geen recht geeft op een rechtstreekse en identificeerbare tegenprestatie in de vorm van uitkeringen, impliceert niet dat de Verordening niet van toepassing zou zijn. Het beslissende criterium voor de toepassing van artikel 13 van verordening nr. 1408/71 is namelijk, of een bijdrage specifiek is bestemd voor de financiering van het socialezekerheidsstelsel van een lidstaat. Het al dan niet bestaan van tegenprestaties in de vorm van uitkeringen is hierbij zonder belang. Daar deze bijdrage een zodanig rechtstreekse en voldoende relevante samenhang met de wetten die de in artikel 4 van verordening nr. 1408/71 genoemde takken van sociale zekerheid regelen, is zij te beschouwen als een heffing die onder het verbod van dubbele bijdrageheffing valt. De heffing is immers specifiek en rechtstreeks bestemd voor de financiering van het Franse socialezekerheidsstelsel. Zoals aangehaald spreekt het Hof van Justitie in de zaak Jauch zelfs over een indirecte band.

Het arrest Commissie tegen Frankrijk maakt echter wel duidelijk dat een gefiscaliseerde socialezekerheidsheffing niet op alle inwoners kan worden toegepast en dat zulk een heffing in het bijzonder niet kan worden toegepast op personen die gebruik maken van hun recht op vrij verkeer. Daarbij speelt de nationale kwalificatie als directe belasting geen rol. Rekening dient ermee te worden gehouden hoe deze regeling zich verhoudt tot de EG-Verordening. Lid-Statens dienen dus op te letten wanneer ze hun sociale zekerheid gedeeltelijk via fiscale maatregelen willen financieren.

4. NIET-DISCRIMINATIEPRINCIPE

Artikel 3 van EG-Verordening nr. 1408/71 bevat het algemeen non-discriminatieprincipe overeenkomstig hetwelk personen die op het grondgebied van een der lidstaten wonen en op wie de bepalingen van deze Verordening van toepassing zijn, de rechten en verplichtingen voortvloeiende uit de wetgeving van elke lidstaat onder dezelfde voorwaarden hebben als de onderdanen van die staat, behoudens bijzondere bepalingen van deze Verordening. Dit beginsel verzet zich dan ook tegen een nationale wettelijke regeling volgens welke het minimumbedrag voor betaling van een geldelijke uitkering aan een gemeenschapsonderdaan in een andere lidstaat hoger is dan voor betaling van een geldelijke uitkering in het binnenland, wanneer de betaling in een andere lidstaat niet meer kosten meebrengt dan de betaling van die uitkering in het binnenland. Dit is een indirecte indiscrimination daar dit in de praktijk neerkomt op een woonplaatsvereiste waaraan nationale rechthebbenden

(33) H.v.J. 15 februari 2000, zaak C-34/98 (Commissie tegen Frankrijk), *Jur.* 2000, 995.

gemakkelijker kunnen voldoen dan rechthebbenden uit andere lidstaten. Hoewel het niet is uitgesloten dat een dergelijke ongelijke behandeling gerechtvaardigd is doordat betalingen buiten het nationale grondgebied meer kosten meebrengen, is dat slechts het geval indien is aangetoond dat die kosten niet kunnen worden vermeden. De socialezekerheidsuitkeringen tussen Duitsland en Nederland worden echter uitbetaald via een clearingprocedure. Dat houdt in dat de gegevens betreffende de betaling van een pensioen worden doorgegeven aan een verbindingsbureau in de staat waar de rechthebbende woont en dat dit verbindingsbureau vervolgens het pensioen uitkeert bij wege van een nationale betaling. Deze clearingprocedure veroorzaakt geen extra kosten aangezien in werkelijkheid geen enkele overmaking naar het buitenland plaatsvindt (34).

Ook nationale onderdanen kunnen zich op de bepalingen van het vrij verkeer van werknemers beroepen. Immers iedere gemeenschapsonderdaan die gebruik heeft gemaakt van het recht op vrij verkeer van werknemers en die een beroeps werkzaamheid in een andere lidstaat heeft uitgeoefend, ongeacht zijn woonplaats en zijn nationaliteit, valt onder de werkingssfeer van artikel 48 (nu 39) EG-Verdrag (35). Dit artikel staat er dan ook aan in de weg dat een lidstaat van een werknemer die in de loop van een jaar zijn woonplaats naar een andere lidstaat heeft verlegd om aldaar arbeid in loondienst te verrichten, een hogere premie volksverzekeringen heft dan in vergelijkbare omstandigheden verschuldigd zouden zijn door een werknemer die gedurende het gehele jaar zijn woonplaats in de betrokken lidstaat heeft behouden, zonder dat de eerste werknemer evenwel recht heeft op extra sociale uitkeringen (36). In dezelfde zin verzet artikel 48 (nu 39) EG-Verdrag er zich tegen dat een lidstaat de ziekteverzekeringsbijdragen van een onder zijn wetgeving vallende gepensioneerd werknemer berekent op de grondslag van het brutobedrag van het aanvullende pensioen dat die werknemer uit hoofde van een collectieve overeenkomst uit een andere lidstaat ontvangt, zonder rekening ermee te houden dat een deel van het brutobedrag van dat pensioen reeds in de andere staat is ingehouden als bijdrage aan de ziekteverzekering (37). De artikelen 8 A, 48 (nu 39) en 51 (nu 42) van het Verdrag brengen daarenboven voor het bevoegde orgaan van een lidstaat de verplichting mee om de tijdvakken van opvoeding van een kind die in een andere lidstaat zijn vervuld door een ten tijde van de geboorte van het kind als grensarbeider in de eerste lidstaat werkende en in de tweede lidstaat wonende persoon, voor de toekenning van ouderdomspensioen in aanmerking te nemen alsof deze tijdvakken op het nationale grondgebied zijn vervuld (38). Een nationale bepaling volgens dewelke de tijdvakken van opvoeding van een kind slechts in aanmerking wordt genomen, indien het kind op het nationale grondgebied is opgevoed, of, ingeval het

(34) H.v.J. 21 september 2000, zaak C-124/99 (Borawitz), onuitg.

(35) H.v.J. 26 januari 1999, zaak C-18/95 (Terhoeve), *Jur.* 1999, 345 en H. v.J., 15 juni 2000, zaak C-302/98 (Sehrer), onuitg.

(36) H.v.J. 26 januari 1999, zaak C-18/95 (Terhoeve), *Jur.* 1999, 345.

(37) H. v.J., 15 juni 2000, zaak C-302/98 (Sehrer), onuitg.

(38) H.v.J. 23 november 2000, zaak C-135/99 (Elsen), onuitg.

in een andere lidstaat is opgevoed, indien de opvoedende ouder in die andere lidstaat een beroepswerkzaamheid heeft uitgeoefend ter zake waarvan verplichte bijdragen aan het verzekeringsstelsel van de eerste staat zijn betaald, is dus in strijd met het Gemeenschapsrecht.

5. VERHOUDING TUSSEN DE INTERNATIONALE VERDRAGEN EN DE VERORDENING

Om mogelijke conflicten te vermijden treedt de verordening, zowel inzake de personele als inzake de materiële werkingssfeer, in de plaats van elk verdrag inzake sociale zekerheid dat hetzij uitsluitend voor twee of meer lidstaten verbindend is, hetzij voor tenminste twee Lid-Staten en een of meer andere lidstaten verbindend is, voor zover het gevallen betreft, welke kunnen worden geregeld zonder tussenkomst van enig orgaan van een dezer laatstgenoemde staten (39). Hierbij heeft het Hof steeds bevestigd dat de verordening in de plaats treedt van de tussen de lidstaten gesloten verdragen, ook wanneer de toepassing van deze verdragen gunstiger zou zijn geweest voor de verzekerde (40). Het is slechts uitzonderlijk, met name wanneer er zich specifieke omstandigheden voordoen, dat het Hof een uitzondering op dit dwingend principe aanvaardt. Dit is met name het geval indien betrokkene effectief rechten had verworven onder een bilateraal of multilateraal verdrag voordat de verordening in werking was getreden en betrokkene er dus op mocht vertrouwen dat hij deze rechten niet zou verliezen doordat de verordening in werking was getreden (41). Reeds eerder had het Hof bepaald dat dit zelfde beginsel van toepassing is in geval van betaling van een ouderdoms- of invaliditeitspensioen aan werknemers die reeds in loondienst werkzaam waren in een andere lidstaat vóór de inwerkingtreding van de Verordening in de verhouding tussen deze staat en hun land van oorsprong (42). Hetzelfde geldt nu ook met betrekking tot de werkloosheidsuitkeringen dat specifieke kenmerken heeft inzake de aansluitingsduur, en niet, zoals in de reeds aangehaalde arresten, op een pensioen- of invaliditeitsstelsel. Bovendien mag het enkele feit dat de betrokkene tijdelijk zijn beroepswerkzaamheid had gestaakt op de datum van inwerkingtreding van de verordening, niet tot gevolg hebben dat hij de rechten en voordelen verliest die voor hem uit het verdrag voortvloeiden. De artikelen 6 en 7 van de verordening staan dan ook niet in de weg aan de toepassing van de bepalingen van een internationaal verdrag inzake werkloosheidsverzekering, die voor de verzekerde gunstiger zijn, wanneer hij zijn recht van vrij verkeer heeft uitgeoefend vóór de inwerkingtreding van de verordening, hoewel hij, wegens de referentieperiode die is vastgesteld door de inzake de bepa-

(39) H.v.J. 3 mei 2001, zaak C-347/98 (Commissie tegen België), onuitg. en H.v.J. 23 november 2000, zaak C-135/99 (Elsen), onuitg.

(40) H.v.J., 7 juni 1973, zaak nr. 82/72 (Walder), *Jur.* 1973, 599; H.v.J., 7 februari 1991, zaak 227/89 (Rönfeldt), *Jur.* 1991, 323; H.v.J. 9 november 1995, zaak 475/93 (Thevenon), *Jur.* 1995.

(41) H.v.J., 7 februari 1991, zaak 227/89 (Rönfeldt), *Jur.* 1991, 323; H.v.J. 9 november 1995, zaak 475/93 (Thevenon), *Jur.* 1995.

(42) H.v.J. 9 oktober 1997, zaak C-31/96 en 33/96 (Naranjo Arjona), *Jur.* 1997, 5501 en H.v.J. 17 december 1998, zaak C-153/97 (Grajera Rodriguez), *Jur.* 8645.

ling van de rechten van de verzekerde toepasselijke nationale wetgeving, geen recht op uitkeringen kan doen gelden dat volledig is gebaseerd op de periode vóór die datum (43).

6. HET PROBLEEM VAN DE TOEPASSELIJKE WETGEVING

6.1. EXCLUSIEVE EN STERKE WERKING

Ook Titel II van de EG-Verordening over toepasselijke wetgeving, heeft het onderwerp uitgemaakt van een aantal arresten van het Hof van Justitie. Overeenkomstig artikel 13 is iemand in principe aan de wetgeving van de plaats van tewerkstelling onderworpen. Dit principe kent een exclusieve en sterke werking, wat impliceert dat men enkel aan deze wetgeving is onderworpen. Een werknemer die over hetzelfde inkomen sociale lasten verschuldigd is ingevolge de toepassing van verschillende nationale wetgevingen, terwijl hij slechts krachtens één van die wetgevingen als verzekerde kan gelden, staat daardoor bloot aan een dubbele premieheffing die in strijd is met de bepalingen van artikel 13 van verordening nr. 1408/71 (44). In Duitsland dienen ondernemers die uitgeverijen en persagentschappen exploiteren een sociale bijdrage voor kunstenaars te betalen, en dit overeenkomstig de Duitse wetgeving inzake sociale zekerheid van zelfstandige kunstenaars en journalisten (KSVG). De heffingsgrondslag voor de sociale bijdrage bestaat uit de beloningen voor werken of diensten die een bijdrageplichtige aan kunstenaars of journalisten betaalt, zelfs al zijn deze niet zelf verplicht verzekerd op grond van deze wetgeving. De Commissie betoogde dat de heffing van een sociale bijdrage voor kunstenaars over de beloningen die worden betaald aan kunstenaars en journalisten die niet bij de Duitse sociale zekerheid zijn aangesloten, in strijd is met titel II van Verordening nr. 1408/71 (45). Het Hof van Justitie verwierpt deze klacht. In de eerste plaats treft de sociale bijdrage niet de kunstenaars en journalisten zelf, maar wel de bedrijven die hun werk op de markt brengen en daarenboven mogen de bedrijven de kosten van die bijdrage niet afwentelen op de beloning die zij aan kunstenaars en journalisten betalen. Volgens de Duitse wetgeving mag de sociale bijdrage voor kunstenaars geen enkel gevolg hebben voor kunstenaars en journalisten die in Duitsland diensten verrichten en ook als zelfstandige werkzaamheden uitoefenen in een andere lidstaat, waar zij wonen en bij een socialezekerheidsregeling zijn aangesloten. Dienaangaande geldt dat als de diensten die die kunstenaars en journalisten in Duitsland verrichten aanleiding geven tot premieheffing uit hoofde van de socialezekerheidsregeling in de staat waar zij zijn aangesloten, die premie niet hoger mag zijn dan die welke zij zouden hebben betaald als die diensten in laatstgenoemde staat waren verricht. Bijgevolg worden deze werknemers of zelfstandigen niet benadeeld door het

(43) H.v.J. 9 november 2000, zaak C-75/99 (Thelen), onuitg.

(44) H.v.J. 5 mei 1977, zaak 102/76 (Perenboom), *Jur.* 1977, 815; H.v.J. 29 juni 1994, zaak C-60/93 (Aldewereld), *Jur.* 1994, 2991 en H.v.J. 8 maart 2001, zaak C-68/99 (Commissie tegen Duitsland), onuitg.

(45) In casu woonde en werkte betrokkene in België, maar publiceerde hij ook in Duitsland. Overeenkomstig artikel 14bis, lid 2 is betrokkene dus in België verzekerd.

feit dat zij hun diensten verrichten in een andere lidstaat dan die waar zij zijn aangesloten. Aangezien het de bedrijven die het werk van kunstenaars en journalisten op de markt brengen verboden is de kosten van de sociale bijdrage voor kunstenaars op de beloningen van de betrokkenen af te wentelen, beoogt de betrokken regeling bovendien, door de beloningen die zijn betaald aan kunstenaars en journalisten die niet onder de bij het KSVG ingestelde regeling vallen, in de grondslag van de sociale bijdrage voor kunstenaars en journalisten op te nemen, ervoor te zorgen dat alle kunstenaars en journalisten die in Duitsland diensten verrichten gelijk worden behandeld. Bij gelijke beloning verschillen de kosten voor de bedrijven immers niet naargelang degene die deze beloning ontvangt, krachtens het KSVG of krachtens een andere socialezekerheidsregeling is verzekerd. In deze context zou afschaffing van deze bijdrage ten aanzien van kunstenaars en journalisten die niet bij de krachtens de KSVG vastgestelde regeling zijn aangesloten, niets veranderen aan de beloning van laatstgenoemden en evenmin aan de hoogte van de sociale lasten die, in voorkomend geval, op grond van de socialezekerheidsregeling waarbij die kunstenaars en journalisten zijn aangesloten, op die beloning drukken. In overeenstemming met de doelstellingen van verordening nr. 1408/71 garandeert deze regeling dus zoveel mogelijk de gelijke behandeling van alle in Duitsland werkzame kunstenaars en journalisten, door dat zij niets bevat dat de bedrijven ertoe zou aanzetten zich eerder tot de ene dan tot de andere categorie van kunstenaars en journalisten te wenden. De betrokken regeling verzekert dus zoveel mogelijk de gelijke behandeling van alle zelfstandige kunstenaars en journalisten die in Duitsland diensten verrichten, zonder de zelfstandige kunstenaars en journalisten die onder de socialezekerheidsregeling van een andere lidstaat vallen en in Duitsland diensten verrichten, te benadelen ten opzichte van de situatie waarin zij zouden verkeren indien zij vergelijkbare diensten verrichten in de lidstaat waarin zij zijn verzekerd. Deze regeling is derhalve verenigbaar met artikel 13 van verordening nr. 1408/71, volgens hetwelk degenen op wie deze verordening van toepassing is in beginsel slechts aan de wetgeving van een enkele lidstaat zijn onderworpen (46).

6.2. DETACHERING

In deze periode hebben echter in het bijzonder de bepalingen inzake detachering het onderwerp uitgemaakt van een aantal belangrijke arresten. Zoals bekend vormt de detachering de belangrijkste uitzondering op het algemeen principe van de plaats van tewerkstelling als toepasselijke wetgeving. De Verordening nr. 1408/71 voorziet in een aantal uitzonderingen op het algemeen principe van de werkstaat als bevoegde staat. “Op degene die op het grondgebied van een lidstaat werkzaamheden in loondienst verricht voor een onderneming waaraan hij normaal verbonden is, en door deze onderneming gedetacheerd wordt op het grondgebied van een andere lidstaat teneinde aldaar voor haar rekening arbeid te verrichten, blijft de wetgeving

(46) H.v.J.. 8 maart 2001, zaak C-68/99 (Commissie tegen Duitsland), onuitg.

van eerstbedoelde lidstaat van toepassing, mits de te verwachten duur van die arbeid niet meer dan twaalf maanden bedraagt en hij niet wordt uitgezonden ter vervanging van een andere persoon wiens detachering beëindigd is (47).”

Opdat er dus sprake kan zijn van detachering, dienen er een aantal voorwaarden vervuld te worden. De volgende 6 voorwaarden kunnen uit dit artikel worden afgeleid : de wetgeving van de eerste staat blijft van toepassing en de werknemer dient dus verzekerd te zijn in de uitzendende staat; de onderneming dient gewoonlijk werkzaamheden uit te oefenen op het grondgebied van de uitzendende staat, dit om te vermijden dat de detacheringsbepaling van toepassing zou kunnen zijn op brievenbusfirma's; de betrokken werknemer moet normaal verbonden zijn aan de onderneming die hem detacheert, wat dus een band veronderstelt tussen de werknemer en de onderneming waardoor hij wordt gedetacheerd; de te verwachten duur van arbeid op grond van detachering mag niet meer dan 12 maanden bedragen; de detachering mag niet gebeuren ter vervanging van een andere persoon en de detachering mag maar naar een andere lidstaat gebeuren.

Vereist wordt dus dat de onderneming in de staat van vestiging doorgaans activiteiten van betekenis verricht. Dit wordt bepaald aan de hand van een aantal criteria, zoals daar zijn onder meer de plaats waar de onderneming is gevestigd en waar zij haar hoofdkantoor heeft, het aantal administratieve personeelsleden dat in de lidstaat van vestiging respectievelijk de andere lidstaat werkzaam is, de plaats waar de gedetacheerde werknemers worden aangeworven en de plaats waar het merendeel van de contracten met de klanten wordt gesloten, het recht dat op de arbeidscontracten van de onderneming met haar werknemers enerzijds en de contracten met haar klanten anderzijds van toepassing is, alsmede de omzet die gedurende een voldoende representatieve periode in elk van de betrokken lidstaten is behaald (48). Indien het gaat om een onderneming waarvan de activiteit juist bestaat uit het tijdelijk ter beschikking stellen van personeel aan andere ondernemingen, m.a.w. uitzendkantoren, impliceert deze voorwaarde dat deze onderneming gewoonlijk personeel ter beschikking stelt aan gebruikers die gevestigd zijn op het grondgebied van deze staat met het oog op hun tewerkstelling op dit grondgebied. In dit opzicht is de detacheringsbepaling dan ook niet van toepassing op een in een lidstaat gevestigde bouwonderneming die haar werknemers detacheert op het grondgebied van een andere lidstaat waar zij al haar werkzaamheden, behoudens zuiver interne beheerswerkzaamheden, verricht (49).

Doch ook een zelfstandige kan zich detacheren. “Op degene die op het grondgebied van een lidstaat gewoonlijk werkzaamheden anders dan in loondienst uitoefent en op het grondgebied van een andere lidstaat arbeid verricht, blijft de wetgeving van eerstbedoelde lidstaat van toepassing, mits de te verwachten duur van die

(47) Artikel 14 lid 1 sub a EG-Verordening nr. 1408/71.

(48) H.v.J. 10 februari 2000, zaak C-202/97 (Fitzwilliam), *Jur.* 2000, 883.

(49) H.v.J. 9 november 2000, zaak C-404/98 (Plum), onuitg.

arbeid niet meer dan twaalf maanden bedraagt. Indien de te verrichten arbeid door onvoorziene omstandigheden de oorspronkelijk voorziene tijdsduur overschrijdt en meer dan 12 maanden duurt, blijft de wetgeving van eerstbedoelde lidstaat van toepassing tot aan de beëindiging van die arbeid, mits de bevoegde autoriteit van deze lidstaat naar het grondgebied waarvan de betrokkene zich heeft begeven om die arbeid te verrichten, of het door deze autoriteit aangewezen lichaam, hiervoor toestemming verleent; deze toestemming moet voor het einde van het oorspronkelijke tijdvak van 12 maanden worden aangevraagd. Deze toestemming mag echter niet voor een langer tijdvak dan 12 maanden worden verleend“ (50).

Het Hof van Justitie heeft hierbij duidelijk gemaakt dat de term arbeid zoals gebruikt in dit artikel slaat op elke arbeidsprestatie, in loondienst of anders dan in loondienst, en het is dan ook mogelijk dat de werkzaamheden die de zelfstandige tijdelijk in het andere land gaat verrichten in loondienst worden uitgeoefend (51). Het argument van enkele Lid-Staten dat in dat geval zich misbruiken zullen voordoen daar eenieder zich nu zou kunnen aansluiten bij de socialezekerheidsregeling voor zelfstandigen van een lidstaat waar de premies gering zijn, en wel uitsluitend om zich naar een andere lidstaat te begeven om daar gedurende een jaar een werkzaamheid in loondienst te verrichten, zonder in laatstgenoemde staat de veel hogere premies te betalen, wordt verworpen. Een van de voorwaarden voor detachering is immers dat betrokkene in zijn lidstaat van vestiging doorgaans activiteiten van betekenis verricht en betrokkene moet zijn werkzaamheid, op het moment waarop hij zich op deze bepaling wil beroepen, reeds gedurende een bepaalde tijd hebben uitgeoefend. Bovendien moet hij gedurende de periode waarin hij arbeid op het grondgebied van een andere lidstaat verricht, in zijn staat van herkomst de nodige middelen voor de uitoefening van zijn activiteit aanhouden, teneinde die activiteit bij zijn terugkomst te kunnen voortzetten. Het behoud van een dergelijke infrastructuur in de lidstaat van herkomst bestaat bijvoorbeeld in het gebruik van kantoren, de betaling van socialezekerheidspremies en belastingen, het behoud van een beroepskaart en een BTW-nummer of ook nog de inschrijving bij de kamers van koophandel en de beroepsorganisaties.

Doch nog een andere belangrijke en reeds lang omstreden vraag werd in deze periode door het Hof van Justitie beantwoord. Met het oog op de implementatie van EG-Verordeningen 1408/71 en 574/72 heeft de Administratieve Commissie een aantal modelformulieren ontworpen, de zgn. „E-formulieren“. Reeds lang werd erover gediscuteerd welke de juridische waarde van deze E-formulieren is en dit in het bijzonder m.b.t. de zgn. detachingsverklaringen (E-101 formulier). Gaat het hier om een constitutieve vereiste, in die zin dat wanneer men niet in het bezit is van een detachingsverklaring er geen sprake kan zijn van een detachering? Het antwoord lijkt hierop negatief te zijn. Indien er geen verklaring voorhanden is, dient het mogelijk te zijn op grond van de feitelijke omstandigheden toch te concluderen tot deta-

(50) Artikel 14 bis lid 1 EG-Verordening nr. 1408/71.

(51) H.v.J. 30 maart 2000, zaak C-178/97 (Banks), *Jur.* 2000, 2005.

chering. Het omgekeerde kan zich echter ook voordoen. Er is wel degelijk sprake van een detacheringsverklaring maar op basis van de feitelijke omstandigheden trekt men deze verklaring in twijfel. Is dit E-101 formulier enkel een administratief middel dat met alle middelen van bewijs en op eenvoudige wijze kan worden opzijgeschoven en worden weerlegd? Of schept het een juridisch vermoeden dat zonder tussenkomst van de autoriteit die het heeft afgegeven, niet kan worden genegeerd? Het Hof van Justitie heeft deze vraag positief beantwoord en heeft bepaald dat het om een bindend formulier gaat (52). Het principe van de loyale samenwerking, zoals verwoord in artikel 10 EG-verdrag, verplicht het orgaan dat het formulier aflevert immers de feiten die voor de toepassing van de regels betreffende de vaststelling van de geldende socialezekerheidswetgeving relevant zijn, juist te beoordelen en derhalve de juistheid van de gegevens in de detacheringsverklaring te garanderen. Een verklaring -E-Formulier- afgeleverd door de bevoegde autoriteit van een lidstaat schept dan ook een juridisch vermoeden en bindt de socialezekerheidsorganen van andere lidstaten voor zover daarin wordt verklaard welke wetgeving van toepassing is. Wanneer de organen van andere lidstaten twijfels uiten over de juistheid van de feiten waarop de verklaring berust of over de juridische beoordeling van die feiten, en dus over de overeenstemming van de gegevens van die verklaring met EG-Verordening nr. 1408/71, dient het orgaan dat het formulier heeft afgeleverd de gegrondheid van die verklaring opnieuw te onderzoeken en deze zo nodig in te trekken. Indien de betrokken organen van beide lidstaten het dan nog niet met elkaar eens geraken, staat het hun vrij de zaak voor te leggen aan de Administratieve Commissie of eventueel zelfs aan het Hof van Justitie. Het Hof van Justitie maakt dus duidelijk dat het principe van de rechtszekerheid vereist dat een E-101 formulier/verklaring juridisch bindend is voor de bevoegde organen van de andere Lid-Staten tot op het moment dat ze wordt ingetrokken of ongeldig verklaard. Hierbij is het orgaan dat geconfronteerd wordt met een verklaring opgesteld door het orgaan van een andere lidstaat, niet bevoegd eenzijdig deze verklaring te negeren.

Daarenboven stelt de Verordening geen termijn voor de afgifte van dit bewijs. Alhoewel die E 101-verklaring bij voorkeur vóór het begin van de betrokken periode dient te worden afgegeven, kan zij eveneens gedurende die periode en zelfs na afloop ervan worden afgegeven. Onder deze omstandigheden verzet niets zich ertegen dat de E-101-verklaring eventueel terugwerkende kracht heeft (53).

In het kader van detachering willen we tevens nog herinneren aan een ander belangrijk arrest van het Hof van Justitie. Met name in de zaak *Arblade* kreeg het Hof van Justitie de vraag te beantwoorden of de verplichtingen –zoals voorzien in de Belgische wetgeving- betreffende het opstellen, het bijhouden en het bewaren van de sociale en arbeidsdocumenten, het minimumloon in de bouwsector en de regelingen inzake „weerverletzegels” en „getrouwheidszegels” alsook de middelen

(52) zie H.v.J. 10 februari 2000, zaak C-202/97 (*Fitzwilliam*), *Jur.* 2000, 883 en H.v.J. 30 maart 2000, zaak C-178/97 (*Banks*), *Jur.* 2000, 2005.

(53) H.v.J. 30 maart 2000, zaak C-178/97 (*Banks*), *Jur.* 2000, 2005.

van toezicht op de nakoming van deze verplichtingen, onbeperkt van toepassing zijn op werkgevers die tijdelijk diensten komen verrichten in België. Het Hof is hierin niet onverwacht afwijzend (54). De artikelen 59 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 49 EG) en 60 EG-Verdrag (thans artikel 50 EG) verzetten er zich niet tegen dat een lidstaat een in een andere lidstaat gevestigde onderneming die in de eerste staat tijdelijk werken uitvoert de verplichting oplegt haar ter beschikking gestelde werknemers het minimumloon te betalen dat in de in de eerste lidstaat toepasselijke collectieve arbeidsovereenkomst is vastgesteld wanneer de betrokken bepalingen voldoende nauwkeurig en toegankelijk zijn, zodat het voor een dergelijke werkgever in de praktijk niet onmogelijk of overdreven moeilijk is om te weten welke verplichtingen hij moet nakomen.

De artikelen 59 en 60 van het Verdrag daarentegen verzetten zich ertegen dat een lidstaat, zij het bij wetten van politie en veiligheid, een in een andere lidstaat gevestigde onderneming die in de eerste staat tijdelijk werken uitvoert de verplichting oplegt voor elke ter beschikking gestelde werknemer de werkgeversbijdragen te betalen voor regelingen als de Belgische regelingen inzake „weerverletzegels” en „getrouwheidszegels” en elk van hen een individuele fiche af te geven, wanneer deze onderneming in de lidstaat waar zij is gevestigd voor dezelfde werknemers en dezelfde tijdvakken van activiteit reeds onderworpen is aan naar hun doel in wezen vergelijkbare verplichtingen in verband met de bescherming van de belangen van de werknemers. De artikelen 59 en 60 van het Verdrag verzetten zich er ook tegen dat een lidstaat, zij het bij wetten van politie en veiligheid, een in een andere lidstaat gevestigde onderneming die in de eerste staat tijdelijk werken uitvoert de verplichting oplegt sociale en arbeidsdocumenten, zoals een arbeidsreglement, een speciaal personeelsregister en voor elke ter beschikking gestelde werknemer een individuele rekening in de door de regeling van de eerste staat voorgeschreven vorm op te stellen, wanneer de sociale bescherming van de werknemers die deze eisen kan rechtvaardigen reeds is verzekerd door de overlegging van de sociale en arbeidsdocumenten die deze onderneming bijhoudt ingevolge de regeling van de lidstaat waar zij is gevestigd. Dat is het geval wanneer de onderneming, wat het bijhouden van sociale en arbeidsdocumenten betreft, in de lidstaat waar zij is gevestigd, voor dezelfde werknemers en dezelfde tijdvakken van activiteit reeds onderworpen is aan verplichtingen in verband met de bescherming van de belangen van de werknemers die naar hun doel vergelijkbaar zijn met die welke door de regeling van de lidstaat van ontvangst worden opgelegd.

De artikelen 59 en 60 van het Verdrag verzetten er zich niet tegen dat een lidstaat een in een andere lidstaat gevestigde onderneming die in de eerste staat tijdelijk werken uitvoert de verplichting oplegt gedurende het tijdvak van activiteit op het grondgebied van de eerste lidstaat op de bouwplaats of althans op een toegankelijke en duidelijk geïdentificeerde plaats op het grondgebied van deze staat sociale en

(54) H.v.J. 23 november 1999, zaken C-369/96 en C-376/96 (Arblade en Leloup), *Jur.* 1999, 8453.

arbeidsdocumenten ter beschikking te houden, wanneer deze maatregel noodzakelijk is om hem in staat te stellen de naleving van zijn regeling ter verzekering van de sociale bescherming van de werknemers doeltreffend te controleren.

De artikelen 59 en 60 van het Verdrag verzetten zich ertegen dat een lidstaat, zij het via wetten van politie en veiligheid, een in een andere lidstaat gevestigde onderneming die tijdelijk werken in de eerste staat uitvoert de verplichting oplegt om gedurende vijf jaar nadat zij in de eerste lidstaat geen werknemers meer in dienst heeft, sociale documenten als het personeelsregister en de individuele rekening te bewaren in de in deze lidstaat gelegen woonplaats van een natuurlijk persoon die deze documenten als lasthebber of aangestelde bijhoudt. Deze regeling kan immers met minder restrictieve maatregelen worden verzekerd.

6.3. POST-ACTIEVEN

Een van de moeilijke vragen waarmee men vaak wordt geconfronteerd, is de vraag of de conflictregels zoals die voorkomen in de EG-Verordeningen wel van toepassing zijn op werknemers die geen daadwerkelijke activiteit meer uitoefenen. Bestaat er zoiets als een onbeperkte gebondenheid aan een socialezekerheidsstelsel? Blijft iemand met andere woorden onderworpen aan het stelsel van een bepaalde staat totdat betrokkene in een andere lidstaat zou gaan werken? Deze vraag is gedurende lange tijd -mede omwille van de onduidelijkheid van de rechtspraak van het Hof van Justitie- zeer omstreken geweest. Uiteindelijk werd echter een bepaling opgenomen in EG-Verordening nr. 1408/71: "onder voorbehoud van de art. 14 tot en met 17 is op degene die ophoudt onderworpen te zijn aan de wettelijke regeling van een lidstaat zonder dat hij op grond van een van de in de voorgaande punten genoemde regels of van een van de in art. 14 tot en met 17 bedoelde uitzonderingen of bijzondere regels aan de wettelijke regeling van een andere lidstaat wordt onderworpen, de wettelijke regeling van toepassing van de lidstaat op het grondgebied waarvan hij woont overeenkomstig de bepalingen van deze wettelijke regeling alleen (55)." Deze bepaling wil dus de situatie regelen van personen die woonachtig zijn in een andere staat dan de staat waar ze hun laatste werkzaamheden hebben verricht. Voor mensen die blijven wonen in het land waar ze laatstelijk hebben gewerkt is er geen probleem en zij blijven dan ook verder verzekerd in het land waar ze het laatst hebben gewerkt. Op post-actieven is dus nu de wetgeving van het woonland van toepassing.

Grote vraag is natuurlijk wel uit te vinden wie onder deze categorie valt? Het is vrij duidelijk dat het hier niet gaat om mensen die tijdelijk hun werkzaamheden dienen te onderbreken, zoals bv. in geval van ziekte. Anders is het echter met personen die hun dienstbetrekking hebben beëindigd, wat hiervoor ook de reden is (pensioen, arbeidsongeschiktheid). Van hen kan eerder worden gezegd dat ze hun beroeps-werkzaamheden hebben stopgezet.

(55) Artikel 13, lid 2, sub f).

Het feit echter dat iemand definitief ophoudt te werken impliceert niet dat betrokkene daarom nu onmiddellijk verzekerd is onder het woonland. Voorwaarde hiertoe is dat betrokkene niet onderworpen is aan de wettelijke regeling van een andere lidstaat en dat de wettelijke regeling waaraan hij eerder onderworpen was ophoudt op hem van toepassing te zijn (56). Het volstaat immers niet alleen te kijken naar de omstandigheden of iemand zijn werkzaamheden voorgoed heeft gestaakt om uit te maken of iemand ook ophoudt onderworpen te zijn aan de wetgeving van zijn laatste werkland. De vraag is immers in welke mate betrokkene nog verzekerd blijft. Ophouden onderworpen te zijn wil dus niet zeggen elke werkzaamheid hebben stopgezet, maar wel niet meer (verplicht) verzekerd zijn ingevolge de wetgeving van het laatste werkland.

7. ZIEKTE- EN MOEDERSCHAPSREGELING

Volgens de Verordening wordt er een verband gelegd tussen de bevoegdheid om pensioenen of renten te verlenen en de verplichting om op te komen voor de kosten van de verstrekkingen. Zo bepaalt artikel 33 van de Verordening dat het orgaan van een lidstaat dat een pensioen of een rente is verschuldigd, en dat een wettelijke regeling toepast waarin is bepaald dat voor rekening van een pensioen- of rentetrekker bijdragen of premies worden ingehouden om de kosten van de prestaties bij ziekte of moederschap te dekken, gemachtigd is deze bedragen berekend overeenkomstig de betrokken wettelijke regeling in te houden op het pensioen of de rente welke dit orgaan verschuldigd is, voor zover de prestaties krachtens de artikelen 27, 28, 28 bis, 29, 31 en 32 voor rekening van een orgaan van bedoelde lidstaat komen. Van een pensioen- of rentetrekker kunnen dan ook op grond van het feit dat hij op het grondgebied van een lidstaat woont, geen premies voor de verplichte verzekering worden verlangd ter dekking van de kosten van prestaties die ten laste komen van een orgaan van een andere lidstaat. Met deze verwijzing naar verschuldigde pensioenen of renten wordt wel een daadwerkelijk aan de betrokkene uitbetaald pensioen of rente bedoeld. Het gaat dus niet om het orgaan van een lidstaat die slechts een eventuele bevoegdheid ter zake heeft. De Verordening staat er dan ook aan in de weg dat de lidstaat op het grondgebied waarvan de pensioen- of rentetrekker woont, van hem de krachtens zijn wetgeving vastgestelde premies of soortgelijke inhoudingen voor de dekking van de kosten van prestaties bij ouderdom, arbeidsongeschiktheid en werkloosheid invordert wanneer de betrokkene soortgelijke prestaties ontvangt van het orgaan van de ter zake van pensioenen bevoegde lidstaat (57).

(56) H.v.J. 3 mei 2001, zaak C-347/98 (Commissie tegen België), onuitg. en H.v.J. 23 november 2000, zaak C-135/99 (Elsen), onuitg.

(57) H.v.J. 10 mei 2001, zaak C-389/99 (Rundgren), onuitg.

8. WERKLOOSHEIDSUITKERINGEN

In principe heeft een werknemer die zijn woonplaats heeft in het land waar hij zijn werkzaamheden heeft verricht, recht op werkloosheidsuitkeringen ingevolge de wetgeving van dat land. Voor werklozen echter die tijdens het verrichten van hun laatste werkzaamheden in een andere dan de bevoegde lidstaat woonden, geldt artikel 71 EG-Verordening. Volgens dit artikel kan het in bepaalde omstandigheden voorkomen dat het niet de bevoegde staat is die de werkloosheidsuitkeringen zal toekennen, maar wel de woonstaat omdat men ervan uitgaat dat betrokkene in die staat gemakkelijker werk zal kunnen vinden. Met name heeft een volledig werkloze grensarbeider recht op werkloosheidsuitkeringen volgens de wettelijke regeling van zijn woonland, alsof die wettelijke regeling tijdens zijn laatste werkzaamheden op hem van toepassing was geweest. Bij gedeeltelijke werkloosheid of werkloosheid ten gevolge van onvoorziene omstandigheden, heeft een grensarbeider recht op uitkering van het bevoegde orgaan volgens de wettelijke regeling van de bevoegde staat, alsof hij daar woonde. Al naargelang de situatie worden de werkloosheidsuitkeringen dus door het werkland of door het woonland betaald. Het spreekt dan ook vanzelf dat het belangrijk is te weten in welke omstandigheden er sprake is van volledige en in welke omstandigheden van gedeeltelijke werkloosheid. Impliceert volledige werkloosheid bv. dat de dienstbetrekking met de werkgever volledig is verbroken? Het Hof van Justitie heeft in de zaak de Laet duidelijk gesteld dat op grond van eenvormige communautaire criteria moet worden beoordeeld of een grensarbeider in loondienst gedeeltelijk dan wel volledig werkloos is in de zin van artikel 71, lid 1, sub a, van de Verordening (58). Aan die beoordeling mogen geen nationaalrechtelijke criteria ten grondslag worden gelegd. De doelstelling van artikel 71 van de verordening, bescherming van de werknemer door aan betrokkene werkloosheidsuitkeringen te verlenen in dat land waar de voorwaarden voor het zoeken van nieuw werk het gunstigst zijn, zou niet worden bereikt indien een werknemer die in een andere lidstaat dan waar hij woont bij dezelfde onderneming blijft werken, zij het in deeltijd, en beschikbaar is om voltijdwerkzaamheden te aanvaarden, zich voor hulp bij het zoeken naar aanvullend werk tot een orgaan van zijn woonplaats zou moeten wenden. Dat het voltijddienstverband door middel van een nieuwe overeenkomst in een deeltijddienstverband is omgezet, is in dit opzicht niet van belang. In het bijzonder zou het orgaan van de woonplaats veel minder goed dan het orgaan van de bevoegde lidstaat de werknemer behulpzaam kunnen zijn bij het zoeken naar aanvullend werk dat kan worden verricht onder voorwaarden die verenigbaar zijn met de werkzaamheden die hij reeds in deeltijd verricht, dat wil zeggen allerwaarschijnlijkst een aanvullende werkkring op het grondgebied van de bevoegde lidstaat. Pas wanneer de werknemer geen enkele band met de bevoegde lidstaat meer heeft en volledig werkloos is, dient hij zich voor hulp bij het zoeken naar werk te wenden tot het orgaan van zijn woonplaats.

(58) H.v.J. 15 maart 2001, zaak C-444/98, (de Laet), onuitg.

Ook de periode gedurende welke de betrokkene bijdragen moet hebben betaald om in aanmerking te komen voor een werkloosheidsuitkering zoals die waarin de Spaanse wet voorziet voor werklozen ouder dan 52 jaar, wordt door de wettelijke regeling van die Lidstaat bepaald, voor zover deze periode ook wordt geacht te zijn vervuld door bijdragen die volledig of ten dele aan de socialezekerheidsstelsels van een of meer andere lidstaten zijn betaald (59).

9. PENSIOENEN EN ANTI-CUMULATIEBEPALINGEN

De berekening van pensioenen is een ingewikkelde materie geregeld door artikel 46 van EG-Verordening nr. 1408/71. Hierbij wordt ook geregeld of het lidstaten toegelaten is de eigen nationale anticumulatiebepalingen toe te passen of niet. De Belgische regeling echter volgens welke een werknemer die tussen 1 januari 1938 en 31 december 1944 in die hoedanigheid arbeid heeft verricht, geacht wordt deze arbeid als werknemer onder dezelfde voorwaarden van duur te hebben voortgezet gedurende de gehele periode tussen de datum waarop zijn tewerkstelling een einde nam en 31 december 1945, en volgens welke bepaling dit vermoeden niet geldt voor de tijdvakken van arbeid waarvoor de belanghebbende een pensioen ontvangt krachtens een regeling van een andere staat, is geen bepaling inzake vermindering, schorsing of intrekking in de zin van verordening nr. 1408/71. Deze bepaling houdt een vermoeden in dat verband houdt met een bepaalde periode (de Tweede Wereldoorlog), welk vermoeden door de overlegging van bewijzen kan worden weerlegd. Bedoeld vermoeden is een vermoeden van bijdrage aan de betrokken Belgische regeling, en niet een vermoeden van tewerkstelling in België. Het vermoeden kan dus niet worden weerlegd door het enkele feit dat hij onweersproken gedurende een zekere tijd in Duitsland had gewerkt. Zodra hem echter voor de tijdvakken van tewerkstelling in Duitsland een pensioen was toegekend, golden voor hem niet langer de overwegingen die de Belgische wetgever ertoe hebben gebracht te zijnen gunste het vermoeden betreffende de oorlogsjaren in te voeren (60).

Een andere nationale anti-cumulatiebepaling die al heel wat stof heeft doen opwaaien is de Belgische anticumulatiebepaling overeenkomstig dewelke het gezinsbedrag aan rustpensioen wordt omgezet in een lager alleenstaandenpensioen wanneer de echtgenote over een eigen pensioen beschikt. Aan deze problematiek werd in deze periode een vervolg gebreid. Aan het Hof werd reeds in het verleden de vraag gesteld of deze regeling ook toepasselijk is wanneer de echtgenote geen Belgisch rustpensioen geniet maar een rustpensioen geniet uit hoofde van de wetgeving van een andere lidstaat van de Europese Unie, en of deze regeling in strijd was met het Europees Gemeenschapsrecht? Het Hof had hierbij opgemerkt dat het vrij verkeer van werknemers zich niet tegen de toepassing van de Belgische regeling verzet daar

(59) H.v.J. 25 februari 1999, zaak C-320/95 (Ferreiro Alvite), *Jur.*, 1999, 951.

(60) H.v.J. 18 november 1999, zaak C-161/98 (Platbrood), *Jur.* 1999, 8195 en H.v.J. 18 november 1999, zaak C-442/97 (Van Coile), *Jur.* 1999, 8093.

artikel 51 (nu 42) niet raakt aan de materiële en formele verschillen tussen de socialezekerheidsregelingen van de lidstaten (61). Maar merkt het Hof op, toch zou het doel van de artikelen 48 tot en met 51 EG-Verdrag (huidige artikelen 39 en 42) niet worden bereikt indien migrerende werknemers, ten gevolge van de uitoefening van hun recht van vrij verkeer, voordelen op het gebied van de sociale zekerheid zouden verliezen die hun door de wettelijke regeling van een lidstaat zijn gewaarborgd. Dit zou immers een belemmering voor dit vrije verkeer kunnen opleveren. Nu merkt het Hof juist op dat de toepassing van de Belgische bepaling verschillende gevolgen teweegbrengt al naargelang de werknemer pensioenaanspraken heeft onder een wetgeving of onder twee wetgevingen en die voortvloeien uit het feit dat een migrerend werknemer onder twee verschillende wettelijke regelingen valt. Zo kent de ene wetgeving immers een hoger pensioen toe aan de werknemer waarvan de echtgenoot geen eigen pensioen geniet, waarbij een dergelijk pensioen het totale gezinsinkomen kan doen stijgen en waarbij van dit pensioen steeds afstand kan worden gedaan, terwijl onder de andere wetgeving in dezelfde situatie elk van beide echtgenoten bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd een pensioen van gelijke hoogte ontvangt waarvan geen afstand kan worden gedaan en waardoor het totale gezinsinkomen niet stijgt. Deze gevolgen die voortvloeien uit de toepassing van de Belgische regeling zijn echter moeilijk verenigbaar met het doel van de artikelen 48 en 51 van het EG-Verdrag (huidige artikelen 39 en 42).

Het bijzondere aan deze zaak is dus dat het Hof hier met de fundamentele moeilijkheid werd geconfronteerd dat deze ongelukkige vermindering voortvloeide uit de gezamenlijke toepassing van twee wetgevingen die elk op zich wel in overeenstemming waren met het Gemeenschapsrecht, maar die gecombineerd tot een negatief resultaat leidde. Om uit dit dilemma te geraken, greep het Hof naar een oplossing waarbij het probleem naar de Belgische rechter werd doorgeschoven. Het Hof doet hiervoor een beroep op artikel 5 van het EG-Verdrag (huidige artikel 10). Het in artikel 5 EG-Verdrag (huidige artikel 10) neergelegde beginsel van loyale samenwerking van de bevoegde autoriteiten van de lidstaten, verlangt -zo argumenteert het Hof- dat zij alle hun ter beschikking staande middelen aanwenden ter verwezenlijking van het doel van artikel 48 EG-Verdrag (huidige artikel 39). Deze verplichting houdt in, dat deze autoriteiten nagaan of hun wettelijke regeling op de migrerende werknemer kan worden toegepast naar de letter, en op dezelfde wijze als op de werknemer die steeds in hetzelfde land is gebleven, zonder dat deze toepassing voor de migrerend werknemer het verlies van een socialezekerheidsvoordeel meebrengt en dus tot gevolg heeft dat hij ervan wordt weerhouden van zijn recht van vrij verkeer uit te oefenen. Het staat immers aan de nationale rechter om de nationale bepalingen die hij moet toepassen zoveel mogelijk in overeenstemming met het Gemeenschapsrecht uit te leggen. De Belgische rechter werd dus de taak opgelegd deze Belgische bepaling zoveel mogelijk in het licht van het Gemeenschapsrecht uit te leggen en dit bleek heel wat moeilijker dan verwacht. Het Arbeidshof te Antwerpen was

(61) H.v.J. 5 oktober 1994, zaak 165/91 (van Munster), *Jur.* 1994, 4661.

immers van mening dat aangezien toepassing van de Belgische regel de gevolgen teweegbrengt die door het Hof van Justitie in zijn overwegingen bij het arrest van Munster worden beoordeeld als een belemmering voor het vrije verkeer van werknemers, en dus in strijd met artikel 48 van het EG-Verdrag (huidige artikel 39), en, daar er geen andere interpretatie mogelijk is die dit effect niet meebrengt, deze regel buiten toepassing moet worden gelaten (62). Het Hof van Cassatie vernietigde deze creativiteit van het Arbeidshof echter door erop te wijzen “dat het aan de nationale rechter niet staat om uitdrukkelijke en dwingende wetbepalingen buiten toepassing te laten om de nadelige gevolgen van het gebrek aan coördinatie tussen stelsels van sociale zekerheid weg te werken, als het gemeenschapsrecht dit niet oplegt, ook al kan hij, in de uitlegging van de nationale normen die hij hanteert, de norm uitleggen op een wijze die zoveel mogelijk het vrije verkeer van werknemers bevordert. (63)” Het Hof van Cassatie blokkeerde dus de toepassing van het Europees Gemeenschapsrecht. Daar er verwarring ontstond over de juiste draagwijdte van het arrest Van Munster, werd er hierover een nieuwe prejudiciële vraag gesteld aan het Hof van Justitie in de zaak Engelbrecht waarbij men de vraag stelde of de verplichting tot verdragsconforme interpretatie impliceert dat de rechter een nationale regeling zelfs contra legem moet uitleggen en toepassen. Volgens het Hof geldt de krachtens artikel 5 (nu 10) van het Verdrag op de lidstaten rustende verplichting om alle algemene of bijzondere maatregelen te treffen welke geschikt zijn om de nakoming van de uit het gemeenschapsrecht voortvloeiende verplichtingen te verzekeren, voor alle overheidsinstanties in de lidstaten en dus, binnen het kader van hun bevoegdheden, ook voor de rechterlijke instanties. Het staat dus aan de nationale rechter om de nationale bepalingen die hij moet toepassen, zoveel mogelijk in overeenstemming met de eisen van het gemeenschapsrecht uit te leggen. Indien een dergelijke toepassing in overeenstemming met het gemeenschapsrecht onmogelijk is, is de nationale rechter verplicht het gemeenschapsrecht integraal toe te passen en de door dit recht aan particulieren toegekende rechten te beschermen, daarbij zo nodig alle bepalingen buiten toepassing latend indien de toepassing daarvan in het betrokken geval tot een met het gemeenschapsrecht strijdig resultaat zou leiden (64).

10. DIVERSE BEPALINGEN EN OVERGANGSBEPALINGEN

In de betrokken periode werden ook een aantal vragen gesteld over de overgangsmaatregelen en subrogatierechten zoals voorzien in de EG-Verordeningen. Zo is artikel 95 bis van verordening nr. 1408/71- dat een overgangsmaatregel bevat met betrekking tot de berekening van de pensioenen naar aanleiding van de wijziging hiervan in 1992- , zoals gewijzigd, niet slechts van toepassing op situaties waarin

(62) Arbh. Antwerpen 10 januari 1996 (RVP tegen Swolfs), A.R. nr. 297/95, onuitgeg. en Arbh. Antwerpen 17 januari 1996 (RVP tegen Bannink), onuitg.

(63) Zie ook Jorens, Y., “Ook het Hof van Cassatie moet het Europees Gemeenschapsrecht naleven”, noot onder Cass. 13 januari 1997 (RVP/Swolfs) en Cass. 10 februari 1997 (RVP/Bannink), *Soc.Kron.*, 1998, 283-284.

(64) H.v.J. 26 september 2000, zaak C-262/97 (Engelbrecht), onuitg.

vóór 1 juni 1992 een definitieve beschikking tot toekenning was gegeven, maar ook geldt voor gevallen waarin vóór die datum een beroep is ingesteld bij een nationale rechterlijke instantie en dit zelfs wanneer het beroep op 1 juni 1992 nog niet definitief was beslecht. Als dit niet het geval zou zijn, zou aan de belanghebbenden immers het recht worden ontnomen om de toepassing van de nationale anti-cumulatiebepalingen te betwisten, hetgeen in strijd zou zijn met het doel van verordening nr. 1248/92 (65).

Artikel 93, lid 1, sub a, van verordening nr. 1408/71 moet aldus worden uitgelegd, dat de subrogatie van een onder het recht van een lidstaat vallend orgaan van sociale zekerheid in de zin van deze verordening in de rechten die het slachtoffer of zijn rechthebbenden hebben ten opzichte van de veroorzaker van op het grondgebied van een andere lidstaat ingetreden schade die heeft geleid tot toekenning van prestaties van sociale zekerheid door dat orgaan, alsmede de omvang van de rechten waarin dat orgaan is gesubrogeerd, worden bepaald volgens het recht van de lidstaat waaronder dat orgaan valt, mits in het kader van de door dat recht voorziene subrogatie niet meer rechten geldend worden gemaakt dan het slachtoffer of zijn rechthebbenden ten opzichte van de veroorzaker van de schade hebben krachtens het recht van de lidstaat op het grondgebied waarvan de schade is ingetreden (66).

11. INTERNATIONALE OVEREENKOMSTEN AFGESLOTEN DOOR DE EG MET DERDE STATEN

Tot het EG- recht behoren ook de door de Europese Gemeenschap en de lidstaten afgesloten internationale overeenkomsten met derde landen. Zo werden door de Europese Gemeenschap en haar lidstaten Samenwerkingsovereenkomsten gesloten met Algerije, Joegoslavië, Marokko en Tunesië respectievelijk. Met Turkije werd er een Associatieovereenkomst afgesloten. Met de verschillende Centraal- en Oost-Europese landen werden er daarenboven zgn. "Europa-Overeenkomsten" afgesloten waarbij een associatie wordt gesloten tussen de Europese Gemeenschap en Hongarije, Polen, Roemenië, Bulgarije, Slovakije, Tsjechië, Letland, Litouwen en Estland respectievelijk. Al deze verdragen bevatten een aantal coördinatiebepalingen inzake sociale zekerheid. Zo bevatten de Samenwerkingsovereenkomsten met de Maghreb-landen als de Associatieovereenkomst met Turkije naast een beginsel van gelijke behandeling, volgens dewelke elke discriminatie op grond van nationaliteit ten opzichte van de verschillende socialezekerheidswetgevingen verboden is, de volgende coördinatiebepalingen : de samentelling van tijdvakken vervuld in de lidstaten van de Europese Gemeenschap (samentelling van tijdvakken vervuld in de Europese Gemeenschap en in de derde landen is niet mogelijk), de export van de pensioenuitkeringen naar het derde land en het recht op gezinsbijslagen voor de gezinsleden die wonen op het grondgebied van een andere lidstaat van de Europe-

(65) H.v.J. 22 februari 2001, zaken C-52/99 en C-53/99 (Camarotto en Vignone), onuitg.

(66) H.v.J. 21 september 1999, zaak C-397/96 (Kordel), *Jur.* 1999, 5959.

se Unie. Aan het non-discriminatieprincipe zoals verwoord in de Samenwerkingsovereenkomsten met Marokko en Algerije heeft het Hof reeds eerder rechtstreekse werking toegekend (67). Deze Samenwerkingsovereenkomst beoogt de sociale positie van Marokkaanse werknemers en van de gezinsleden die in de lidstaat van ontvangst bij hen wonen, te versterken (68). Dit non-discriminatieprincipe geldt echter maar binnen de grenzen van de voorwaarden zoals bepaald in de andere leden van dit artikel en derhalve volstaat de vaststelling - zonder dat behoeft te worden onderzocht welke juridische kwalificatie in het licht van de Samenwerkingsovereenkomst precies moet worden toegekend aan uitkeringen als die krachtens de Wet Studiefinanciering- dat gezien zowel de formulering van artikel 41, leden 1 en 3 van deze overeenkomst als de geest van deze bepaling een Marokkaanse werknemer noch zijn kinderen zich met betrekking tot uitkeringen als in het hoofdgeding aan de orde zijn, kunnen beroepen op het in deze bepaling neergelegde discriminatieverbod wanneer de kinderen van deze werknemer niet binnen de Gemeenschap wonen (69).

Het probleem is dat al deze Overeenkomsten echter voorzien dat deze bepalingen verder dienen te worden uitgewerkt door een besluit van de Samenwerkingsraad of de Associatieraad. Op dit ogenblik is enkel het coördinatieregime zoals voorzien in het Aanvullend Protocol van de Associatieovereenkomst met Turkije verder uitgewerkt in een besluit van de Associatieraad, het zgn. besluit nr. 3/80 (70). Na het arrest Taflan-Met kon er twijfel over bestaan of dit besluit überhaupt wel rechtstreekse werking heeft. In dit arrest bepaalde het Hof immers dat al zijn sommige bepalingen van besluit nr. 3/80 duidelijk en nauwkeurig, het niet kan worden toegepast zolang de Raad geen nadere uitvoeringsmaatregelen heeft getroffen. Zolang de Raad niet de noodzakelijke nadere maatregelen ter uitvoering van Besluit nr. 3/80 heeft vastgesteld, hebben de artikelen 12 en 13 van dit besluit dan ook geen rechtstreekse werking (71). In de zaak Sürül echter kwam het Hof hier zeer gedeeltelijk op terug door te bepalen dat het non-discriminatieprincipe van Besluit nr. 3/80 van de Associatieraad met Turkije rechtstreekse werking heeft (72). Artikel 3, lid 1 van besluit nr. 3/80 stelt immers binnen de werkingssfeer van dit besluit een nauwkeurig bepaald en onvoorwaardelijk beginsel dat voldoende werkbaar is om door de nationale rechter te kunnen worden toegepast en derhalve de rechtspositie van particulieren kan bepalen. De toepassing van dit beginsel wordt echter in de tijd beperkt. Daar immers door het arrest Taflan-Met redelijkerwijs onzekerheid kon ontstaan ten aanzien van de mogelijkheid voor particulieren om zich voor de nationale

(67) H. v. J. 31 januari 1991, zaak 18/90 (Kziber), *Jur.* 1991, 199; H.v.J. 20 april 1994, zaak 58/93 (Yousfi), *Jur.* 1994, 1353 en H.v.J. 5 april 1995, zaak 103/94 (Krid), *Jur.* 1995, 719.

(68) H.v.J. 11 november 1999, zaak C-179/88, (Mesbah), *Jur.* 1999, 7955; H.v.J. 20 maart 2001, zaak C-33/99 (Hassan Fahmi), onuitg.

(69) H.v.J. 20 maart 2001, zaak C-33/99 (Hassan Fahmi), onuitg.

(70) Besluit nr. 3/80 van de Associatieraad van 19 september 1980 betreffende de toepassing van de socialezekerheidsregelingen van de lidstaten der Europese Gemeenschappen op Turkse werknemers en hun gezinsleden, *P.B.C.* van 25 april 1983, nr. 110/60.

(71) H.v.J. 10 september 1996, zaak 277/94 (Taflan-Met), *Jur.* 1996, 4085.

(72) H.v.J. 4 mei 1999, zaak 262/96 (Sürül), *Jur.* 1999, 2685.

rechter op artikel 3, lid 1 van genoemd besluit te beroepen, staan dwingende overwegingen van rechtszekerheid eraan in de weg dat rechtsbetrekkingen die definitief zijn afgewikkeld vóór de uitspraak van het onderhavige arrest, opnieuw aan de orde worden gesteld nu dit de financiering van de socialezekerheidsstelsels van de lidstaten met terugwerkende kracht ernstig zou verstoren.

INHOUDSTAFEL

OVERZICHT VAN RECHTSPRAAK VAN HET HOF VAN JUSTITIE OVER DE SOCIALE ZEKERHEID VAN MIGRERENDE PERSONEN (1 JANUARI 1999 – 1 JUNI 2001)

1. DE PERSONELE WERKINGSSFEER	733
1.1. WERKNEMERS	733
1.2. AMBTENAREN	735
2. MATERIELE WERKINGSSFEER	735
2.1. DEFINITIES VAN RISICO'S	736
2.2. DE BIJZONDERE, NIET OP PREMIE-OF BIJDRAGEBETALING BERUSTENDE PRESTATIES	738
3. OVER DE VERHOUDING TUSSEN FISCALITEIT EN SOCIALE ZEKERHEID	742
4. NIET-DISCRIMINATIEPRINCIPE	743
5. VERHOUDING TUSSEN DE INTERNATIONALE VERDRAGEN EN DE VERORDENING	745
6. HET PROBLEEM VAN DE TOEPASSELIJKE WETGEVING	746
6.1. EXCLUSIEVE EN STERKE WERKING	746
6.2. DETACHERING	747
6.3. POST-ACTIEVEN	752
7. ZIEKTE-EN MOEDERSCHAPSREGELING	753
8. WERKLOOSHEIDSUITKERINGEN	754
9. PENSIOENEN EN ANTI-CUMULATIEBEPALINGEN	755
10. DIVERSE BEPALINGEN EN OVERGANGSBEPALINGEN	757
11. INTERNATIONALE OVEREENKOMSTEN AFGESLOTEN DOOR DE EG MET DERDE STATEN	758